Tiré à part de la

Publication CEDIDAC 38

BIEBER, CHABLOZ, CHERPILLOD, CORNU, DUTOIT, ENGEL, GAUTIER, GRAZ, GUISAN, JACCARD, KILLIAS, KNOEPFLER, MUSTAKI, PERRET, RAPP, REYMOND, RIEBEN, RODONDI, ROMY, SCHLOSSER, STOFFEL, THÉVENAZ, VILLA, VOYAME, WYLER

LES CONTRATS DE DISTRIBUTION

Contributions offertes au Professeur

FRANÇOIS DESSEMONTET

à l'occasion de ses 50 ans

réunies et éditées par

IVAN CHERPILLOD
NICOLAS IYNEDJIAN
PIERRE-ALAIN KILLIAS
GUY MUSTAKI
JEAN-MARC RAPP

Centre du droit de l'entreprise
(droit industriel, droit d'auteur, droit commercial)
de l'Université de Lausanne

Lausanne 1998

V. Les accords de distribution sélective

RALPH SCHLOSSER* / MARCO VILLA**

§ 1. Notion de distribution sélective

Le succès commercial d'un produit ne dépend pas uniquement du soin placé dans sa fabrication, mais également de la manière dont il est mis en circulation[1]. Présentation, environnement, qualité du service de vente et d'après-vente: ce sont là autant d'éléments qui, parmi d'autres, contribuent à forger l'image de marque d'une marchandise.

Pour satisfaire pareilles exigences, le producteur doit être en mesure d'exercer un certain contrôle sur la distribution de ses biens. S'il ne confie pas la commercialisation à ses filiales ou succursales, le fabricant pourra atteindre cet objectif par la mise en place d'un réseau de distribution sélective[2]: en choisissant scrupuleusement ses distributeurs et en les soumettant à des directives uniformes, le fournisseur surveillera le produit depuis sa sortie d'usine jusqu'à sa mise en vente[3].

* Dr en droit, LL.M., avocat à Lausanne.

** Dr en droit, avocat à Genève.

1 Voir DERVILLE, La distribution sélective des parfums: paradoxes et perspectives, *JCP CI* Suppl. 3/4 1997, p. 57: "... c'est au travers de la distribution que le consommateur perçoit un produit et la marque qu'il porte. C'est là qu'il va constater la cohérence ou l'incohérence entre la communication qui entoure le produit et la façon dont il est distribué".

2 Voir C. A. MEYER, *Der Alleinvertrieb*, 2e éd., Saint-Gall 1992, p. 10-11, qui parle, s'agissant de la distribution exclusive, de "*Quasi-Filialisierung*".

3 Voir TROLLER, Aperçu de divers problèmes juridiques au sujet de la protection des systèmes de distribution sélective notamment dans le domaine des produits de consommation de luxe, *RSPI* 1987, p. 24; CH. MEIER, *Der selektive Vertrieb im EWG-Kartellrecht, Erster Band*, thèse Berne 1979, p. 34; KERLAU/VILMART, Critères de sélection des produits de luxe, *JCP CI* Suppl. 1/1991, p. 12.

La distribution sélective se rencontre essentiellement à propos de trois genres de biens[4]: *primo* les produits qui présentent une certaine complexité technique (ordinateurs, automobiles, appareils photographiques, montres, etc.) et qui impliquent, partant, un service de vente spécialisé[5]; *secundo* les produits de luxe (singulièrement les parfums), qui nécessitent un environnement de vente correspondant à leur image[6]; *tertio* les marchandises à caractéristiques physiques ou

4 Voir CH. MEIER, p. 77.

5 Voir CH. MEIER, p. 78-80; L. MEYER, *Das selektive Vertriebssystem. Seine Berührung mit dem KG, UWG, IPR und dem Europa-Recht*, thèse Bâle 1993, p. 6; BELZ, Die Beschränkung der Absatzkanäle als Marketing-Strategie, *in: Rechtsprobleme des selektiven Vertriebs, Seminar vom 7. Juni 1989 der HSG-Weiterbildungsstufe*, p. 9; MARBACH, *Zulässigkeit und Schutz eines selektiven Vertriebssystems, recht* 1989, p. 68; HUBER, *Der Alleinvertragshändler*, thèse Bâle 1979, p. 42; H. P. WALTER, *Kartell- und lauterkeitsrechtliche Beurteilung des Selektivvertriebs im schweizerischen Recht – Die Sicht des Bundesgerichts, in: Rechtsprobleme des selektiven Vertriebs, Seminar vom 7. Juni 1989 der HSG-Weiterbildungsstufe*, p. 2; C. A. MEYER, p. 24-25; DUTOIT, Les contrats de concession exclusive et de distribution sélective sous le double projecteur du droit suisse et européen des ententes, *RDS* 1993 I p. 377 (cité: Contrats); SCHAMING, Pourquoi la distribution sélective n'est pas condamnée. Plaidoyer pour un renouveau de la réflexion, *JCP CI* Suppl. 5/1992, p. 18; COLLIN, Les diverses formes de distribution et l'intérêt de la distribution sélective, *RIC* 1/1982 n° 145, p. 11; SCHRICKER, *Bermerkungen zum Rechtsschutz selektiver Vertriebsbindungen, Grur* 1976, p. 528.

6 Voir CH. MEIER, p. 80-81 et 124; L. MEYER, Das selektive Vertriebssystem, p. 6; BELZ, p. 9; KUNZ, *Parallelimporte und selektive Vertriebssysteme nach revidiertem Markenrecht, recht* 1994, p. 219; MARBACH, p. 68; TROLLER, p. 27; SCHAMING, p. 18; C. A. MEYER, p. 26-27; KERLAU/VILMART, p. 11 ss. De fait, les produits de luxe ont pour ambition de conférer à leur acheteur une sensation d'exclusivité et de rareté (on parle de "snob-appeal" ou de "snob-effect"), à laquelle fera écho une présentation, un service de vente et des prix correspondants:

chimiques (en particulier les produits pharmaceutiques), dont l'entreposage et la mise en vente requièrent des connaissances spécifiques[7].

La distribution sélective est un système de commercialisation vertical qui, dans son schéma ordinaire[8], met en scène un producteur qui contracte avec différents concessionnaires (en principe exclusifs, un par pays ou par région), à charge pour ceux-ci d'organiser dans le territoire qui leur est concédé le réseau de distribution en choisissant plusieurs détaillants (distributeurs agréés) en fonction de critères qualitatifs et, souvent, quantitatifs[9] définis par le fabricant[10].

ATF 122 III 469 (arrêt Chanel); L. MEYER, Das selektive Vertriebssystem, p. 19 et 21; DUTOIT, A propos de la récente jurisprudence du Tribunal fédéral relative à l'opposabilité des contrats de distribution sélective à des tiers: status quo ou approche nouvelle? *SAS* 1989, p. 113 (cité: Jurisprudence); BELZ, p. 9; GUYET, La distribution sélective en droit suisse, nouveaux développements, *RSPI* 1990 II p. 255 (cité: Distribution sélective); KERLAU/VILMART, p. 11-12; VERNIAU, Les sanctions de l'atteinte à l'image par un distributeur agréé, *JCP CI* Suppl. 1/1991, p. 26.

7 Voir CH. MEIER, p. 78; L. MEYER, Das selektive Vertriebssystem, p. 6.

8 De nombreuses formes sont possibles: distribution sélective à **deux étages** (le producteur sélectionne directement ses distributeurs agréés), à **trois étages** (cas ordinaire, décrit dans le corps du texte) ou à **quatre étages** (le revendeur exclusif désigne lui-même divers revendeurs exclusifs régionaux qui organiseront le réseau de distributeurs agréés dans leur territoire): voir CH. MEIER, p. 229 ss; COLLIN, p. 11; DUTOIT, Contrats, p. 384.

9 Une partie de la doctrine limite – à notre avis à tort – la définition de la distribution sélective aux systèmes fondés sur des critères purement qualitatifs: ALTENPOHL, *Die Durchsetzbarkeit selektiver Vertriebsbindungssysteme gegenüber Aussenseitern nach schweizerischem Recht, PJA* 1992, p. 189-190; KUNZ, p. 219; FERRIER, Les appréciations de la distribution sélective en droit interne et communautaire, *JCP CI* Suppl. 1/1991, p. 3. Certes, les autorités cartellaires sont hostiles à la sélection quantitative. Toutefois, les considérations de droit de la concurrence ne sauraient influer sur la **définition** de la distribution sélective; elles n'interviennent qu'en

La distribution sélective implique la notion d'un **réseau** de distribution[11]. Il en découle une nécessaire **homogénéité** des clauses contractuelles régissant les rapports entre les participants au réseau. Dans le cadre de l'organisation pyramidale du réseau, le producteur fait obligation à ses concessionnaires d'imposer à leurs propres distributeurs certaines conditions uniformes. Les concessionnaires prennent l'engagement à l'égard des distributeurs et du producteur de se conformer – dans le choix des distributeurs – à ces mêmes conditions. L'objectif recherché est bien sûr que le produit soit **perçu** au niveau de la distribution d'une manière identique par tous les consommateurs potentiels.

Ainsi, pour ce qui est du système de distribution ordinaire (trois étages), on est en présence de deux formes de relations contractuelles: celles entre producteur et concessionnaires exclusifs, d'une part, et celles entre concessionnaires et distributeurs agréés, d'autre part. Les contrats de la première espèce consistent dans des accords de distribution exclusive, avec pour seule spécificité – par rapport à la forme classique de cette catégorie contractuelle – l'obligation faite au

---

relation avec la **validité**.

10 Pour la notion de distribution sélective, voir CH. MEIER, p. 152 ss; L. MEYER, *Schutz selektiver Vertriebssysteme durch das Markenschutzgesetz, RSJ* 1994, p. 94 (cité: Schutz); H. P. WALTER, p. 2; R. WALTER, *Vertrags- und EG-kartellrechtliche Aspekte von Alleinvertriebsverträgen (AVV) und selektiven Vertriebssystemen (SV), PJA* 1996, p. 160.

11 Le réseau est qualifié d'«étanche» lorsqu'il n'autorise l'immiscion d'aucun tiers non agréé (à moins d'une violation contractuelle par l'un des distributeurs). Pareille étanchéité (*Lückenlosigkeit*) constitue une condition de la protection des systèmes de distribution sélective en droit allemand: voir BEIER, *Der Schutz selektiver Vertriebsbindungen gegenüber Aussenseitern - Die Lückenlosigkeit in Theorie und Praxis, Grur* 1987, p. 137-139; SCHRICKER, p. 528-529. Il en va de même en France, où l'étanchéité est toutefois présumée: GOYER, Distribution sélective: étanchéité des réseaux et preuve de la concurrence déloyale, *JCP CI* Suppl. 1/1997, p. 3.

concessionnaire de choisir les distributeurs en fonction de critères préétablis[12]. Quant aux accords de la seconde espèce (passés entre concessionnaires exclusifs et distributeurs agréés), ce sont eux qui constituent – dans notre acception à tout le moins – les contrats de distribution sélective au sens strict du terme, et qui formeront donc l'objet principal de la présente étude.

Le **contrat de distribution sélective** typique[13] peut ainsi se définir comme le contrat par lequel l'une des parties (concessionnaire exclusif) s'oblige envers l'autre partie (distributeur agréé) à lui livrer, à titre de vente, des marchandises déterminées, le distributeur agréé s'engageant à payer le prix de vente, à ne revendre les marchandises qu'à un autre distributeur agréé ou au consommateur final et à respecter les instructions données par le concessionnaire en relation notamment avec la présentation des produits, le marketing et le service de vente.

§ 2. Quelques délimitations

La distribution sélective se rapproche de quelques autres formes contractuelles, plus particulièrement des contrats d'agence, de distribution exclusive et de franchise. En quoi ces accords se distinguent-ils les uns des autres?

S'agissant tout d'abord du **contrat d'agence**, la distribution sélective s'en différencie principalement en ce que l'agent intervient au nom et pour le compte de son mandant (art. 418a al. 1 CO), alors que le concessionnaire agit en son propre nom et pour son compte[14].

12 Voir ci-dessous, § 5 B 3.

13 Voir CH. MEIER, p. 231 ss. La doctrine observe cependant avec raison qu'il n'existe pas, s'agissant de la distribution sélective, de type contractuel fermé: CH. MEIER, p. 162; MARBACH, p. 68; R. WALTER, p. 161 (texte à n. 14).

14 BAUDENBACHER, *Selektivvertrieb als privatrechtliches Problem, in:* *Rechtsprobleme des selektiven Vertriebs, Seminar vom 7. Juni 1989 der HSG-Weiterbildungsstufe*, p. 2. Pour la distinction entre agence et distribution **exclusive**, voir ENGEL, Contrats, p. 712-713; SCHLUEP / AMSTUTZ, Einleitung vor Art. 184 ff. OR, *in*: Honsell / Vogt / Wiegand (éd.), *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR*, 2e éd., Bâle / Francfort-sur-le-Main 1996, n. 132 ad *Einleitung vor Art. 184 ff. OR*; TERCIER, *Les contrats spéciaux*, 2e éd., Zurich 1995, n° 5889.

Pour ce qui est de la **distribution exclusive**[15], le contrat qui nous occupe s'en distingue principalement par le processus de sélection qui le caractérise[16]: dans la distribution sélective, en effet, le concessionnaire se voit interdire toute revente à un tiers non agréé, alors que le distributeur exclusif est en règle générale libre de contracter avec qui il l'entend à condition de le faire à l'intérieur du territoire qui lui est assigné. Une autre différence entre ces deux formes contractuelles tient dans le fait que les accords de distribution sélective ne comportent en règle générale aucune clause d'exclusivité territoriale[17].

Tout comme le distributeur agréé, le **franchisé** est intégré dans un réseau visant à assurer une certaine homogénéité dans la vente ou la prestation des services[18]. A la différence de la distribution sélective, où le distributeur commercialise en règle générale sous son propre nom les produits d'autrui, le contrat de franchise contient le plus souvent des licences portant sur la raison sociale, le nom, l'enseigne, le logo et la marque du franchiseur[19]. En outre, alors que le distributeur agréé

15 On vise ici les contrats de distribution exclusive ordinaire, par opposition à ceux spécifiques aux systèmes de distribution sélective et qui sont conclus entre le producteur et ses concessionnaires exclusifs: voir ci-dessus *ad* § 1.

16 Voir SCHLUEP/AMSTUTZ, n° 133; COLLIN, p. 11; GUYET, Distribution sélective, p. 253 ss, spéc. p. 255; FERRIER, p. 3.

17 SCHAMING, p. 18.

18 Voir BAUDENBACHER, p. 4-5.

19 Voir SCHULTHESS, *Der Franchise-Vertrag nach schweizerischem Recht*, thèse Zurich 1975, p. 183 ss; DE HALLER, *Le contrat de franchise*

vend en principe des produits de plusieurs fabricants, le franchisé limite son activité commerciale aux produits ou aux services du seul franchiseur. Enfin, le distributeur est généralement plus indépendant que le franchisé, ce dernier étant soumis à bon nombre de directives concernant la présentation, le marketing ou le conditionnement[20].

§ 3. Qualification de l'accord de distribution sélective

Ne pouvant être subsumé à aucun des contrats de la partie spéciale du Code des obligations, le contrat de distribution sélective s'analyse comme un contrat innommé[21].

Plus précisément, on a affaire à un **contrat mixte**[22] combinant des éléments de la vente et des éléments non régis par la loi; pour ce qui est des obligations relevant de la vente (garantie des défauts, paiement du prix, etc.), les articles 184 et suivants CO s'appliquent par analogie. L'accord de distribution sélective est également un contrat ***sui generis***[23].

en droit suisse, thèse Lausanne 1978, p. 34 ss.

20 Sur la différence entre contrat de franchise et distribution exclusive, voir C. A. MEYER, p. 66-88; GLANZMANN, *Der Alleinvertriebsvertrag im schweizerischen Kartellrecht unter vergleichender Heranziehung des EG-Rechts*, thèse St-Gall 1991, p. 43-44; SCHULTHESS, p. 36-38; DE HALLER, p. 33-34.

21 CH. MEIER, p. 235; MARBACH, p. 68. Dans le même sens, pour le contrat de distribution exclusive: C. A. MEYER, p. 233; BÉNÉDICT, *Le contrat de concession de vente exclusive*, thèse Lausanne 1975, p. 23; GLANZMANN, p. 22; BAUDENBACHER, p. 7.

22 CH. MEIER, p. 236. Dans le même sens, pour la distribution exclusive: C. A. MEYER, p. 233-234; BÉNÉDICT, p. 24; SCHLUEP/AMSTUTZ, n° 134; GLANZMANN, p. 36; R. WALTER, p. 160; GUYET, Distribution sélective, p. 253; BAUDENBACHER, p. 8.

23 CH. MEIER, p. 237. Dans le même sens, pour la distribution exclusive: C. A. MEYER, p. 233-234; BÉNÉDICT, p. 23; SCHLUEP/AMSTUTZ, n° 134; GLANZMANN, p. 36; ENGEL, Contrats, p. 705; GUYET, Distribution

Le contrat de distribution sélective présente certaines similitudes avec la société simple, de telle sorte que les articles 530 et suivants CO pourront parfois s'appliquer par analogie[24].

§ 4. Validité de l'accord de distribution sélective

A. *Validité au regard de la forme*

Faute de disposition légale à cet effet, la validité du contrat de distribution sélective ne dépend pas de l'observation d'une forme déterminée (art. 11 al. 1 CO)[25]. S'il est vrai que ce genre d'accord est le plus souvent conclu par écrit[26], on ne peut pas pour autant présumer de manière systématique que les parties à un tel contrat entendent réserver – tacitement – la forme écrite au sens de l'article 16 CO[27].

Le contrat de distribution sélective est généralement un **contrat-cadre**[28], en ce sens qu'il sert de fondement aux contrats de vente qui seront conclus entre les parties au fil de leur collaboration[29].

sélective, p. 253; TERCIER, n° 5884; CHERPILLOD, *La fin des contrats de durée*, Lausanne 1988, n° 277.

24 Voir ci-après, § 5 A.

25 CH. MEIER, p. 240; BAUDENBACHER, p. 5. Dans le même sens, pour la distribution exclusive: C. A. MEYER, p. 30 et 265; ENGEL, Contrats, p. 705; TERCIER, n° 5890; SCHLUEP/AMSTUTZ, n° 136.

26 CH. MEIER, p. 160 et 240; BAUDENBACHER, p. 5. Dans le même sens, pour la distribution exclusive: C. A. MEYER, p. 30 et 265; ENGEL, Contrats, p. 705. A propos de la distribution sélective sans support écrit, voir CH. MEIER, p. 152-160.

27 Dans ce sens, pour le contrat de distribution exclusive: Cour de Justice Genève, in SJ 1975, p. 232. D'une manière générale, voir MERZ, *Vertrag und Vertragsschluss*, 2e éd., Fribourg 1992, n° 142.

28 Dans ce sens, pour le contrat de distribution exclusive: C. A. MEYER, p. 203, 233 et 265; HUBER, p. 221 ss; SCHLUEP/AMSTUTZ, n° 135.

Par ailleurs, le contrat de distribution sélective prend souvent la forme de **conditions générales**[30], soit d'un accord établi par le concessionnaire à l'attention de tous les distributeurs, sans qu'il soit loisible à ces derniers d'en négocier la teneur[31]. Si tel est le cas, les clauses atypiques ou insolites pourront être invalidées aux conditions de l'article 8 LCD[32], ce qui devrait être exceptionnel en pratique[33].

B. *Validité quant au contenu*

En conformité du principe de la liberté des conventions, les parties peuvent modeler leur accord comme bon leur semble. Rien ne s'oppose dès lors à la licéité de principe du contrat de distribution sélective[34].

29 Sur la notion de contrat-cadre et sa portée juridique, voir WEBER, *Rahmenverträge als Mittel zur rechtlichen Ordnung langfristiger Geschäftsbeziehungen, RDS* 1987 I 403 ss; KRAMER, *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht VI/1/2/1/1: Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Inhalt des Vertrags, Mängel des Vertragsabschlusses, Art. 19-22 OR*, Berne 1990, n. 76 *ad Art. 22 OR*.

30 CH. MEIER, p. 160 et 240. De même, pour la distribution exclusive: C. A. MEYER, p. 148.

31 Sur la notion de conditions générales, voir PEDRAZZINI, *Unlauterer Wettbewerb UWG*, Berne 1992, p. 190-191; GUYET, Die weiteren Spezialklauseln (Art. 4-8 UWG), *Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht* V/1, Bâle / Francfort-sur-le-Main 1994, p. 204; DESSEMONTET, Que reste-t-il de l'article 8 LCD sur les conditions générales?, *SAS* 1987, p. 109 ss.

32 Voir C. A. MEYER, p. 148 ss.

33 Voir BAUDENBACHER, p. 5-6, qui déplore l'inefficacité de l'article 8 LCD.

34 ATF 122 III 469 (Chanel); ATF 114 II 91 (Dior); CH. MEIER, p. 88; ALTENPOHL, p. 190; KUNZ, p. 219; DUTOIT, Contrats, p. 377; BAUDENBACHER, p. 1; GUYET, Distribution sélective, p. 252-253; H. P. WALTER, p. 3-4.

La loi pose toutefois certaines limites à la liberté des parties. On songe surtout au droit des cartels[35], à la protection de la personnalité (art. 27 CC)[36] et à la surveillance des prix[37]. Nous nous permettons de renvoyer ici aux contributions des présents Mélanges consacrées au droit cartellaire, qui constitue dans notre domaine le principal obstacle possible à la validité des accords considérés.

Pour le surplus, il va sans dire que les règles de la partie générale du Code des obligations relatives à la nullité du contrat (art. 20 CO) et aux vices du consentement (art. 21 ss CO) trouvent application[38].

De même, s'appliquent les règles générales sur la *culpa in contrahendo*[39]. On peut imaginer que cette responsabilité puisse être invoquée par un distributeur non sélectionné: si le concessionnaire lui a fait miroiter la conclusion d'un contrat de distribution sans intention sérieuse, il pourrait se voir condamné à rembourser au commerçant évincé le dommage négatif que celui-ci a subi. A part ce cas – sans doute marginal – la non-conclusion d'un contrat de distribution sélective pourra tout au plus être attaquée sur la base du droit des cartels, en raison par exemple d'une attitude discriminatoire du producteur.

35 Voir pour tous DUTOIT, Contrats, p. 377 ss.

36 Voir ALTENPOHL, p. 190; DUTOIT, Contrats, p. 379; H. P. WALTER, p. 5.

37 Voir DUTOIT, Contrats, p. 378; H. P. WALTER, p. 6.

38 Dans ce sens, pour la distribution exclusive: SCHLUEP / AMSTUTZ, n° 136.

39 Voir à propos de la distribution exclusive: C. A. MEYER, p. 260-262.

§ 5. Obligations des parties

A. *Remarques préliminaires*

Il faut en premier lieu relever que, dans le cadre du système pyramidal (à «étages») de la distribution sélective[40], la nature et l'étendue des obligations liant le producteur au concessionnaire exclusif et celles liant le concessionnaire au distributeur agréé diffèrent. Les contrats entre producteurs et concessionnaires exclusifs sont pour l'essentiel des contrats de représentation exclusive classiques[41] sur lesquels se greffent certaines obligations particulières, notamment celles imposant au concessionnaire les critères qu'il devra retenir dans le choix de ses distributeurs. Si ce n'est pour préciser certains points spécifiques au système de distribution sélective, nous n'y reviendrons pas. Nous examinerons en revanche plus en détail les contrats conclus entre le concessionnaire exclusif et le distributeur agréé, plus caractéristiques de la distribution sélective[42]. Pour la clarté de l'exposé, notons d'ores et déjà que la différence essentielle entre les premiers et les seconds réside dans le fait que le concessionnaire est au bénéfice d'une **exclusivité personnelle** tandis que les distributeurs agréés ne sont au bénéfice que d'une **exclusivité** «**par catégorie**» en ce sens que le distributeur agréé se voit garantir que le produit sera distribué «exclusivement» à des distributeurs remplissant les critères de sélection[43]. De surcroît, le concessionnaire n'est pas tenu de respecter lui-même les critères de sélection qu'il impose aux distributeurs.

Il sied de souligner un autre aspect spécifique de la distribution sélective: celui de la coordination de plusieurs relations juridiques

40 *Cf. supra* § 1.

41 *Cf. supra* § 1.

42 *Cf. supra* § 1 *in fine*.

43 Sur la différence entre la distribution exclusive et sélective, voir ci-dessus *ad* § 2.

distinctes. Chaussant des lunettes de myope, l'observateur verra un **contrat synallagmatique parfait** entre, par exemple, le concessionnaire et l'un de ses distributeurs agréés; les obligations des parties présentent un évident **rapport d'échange** (en particulier achat-vente). En revanche, prenant du recul et considérant les relations contractuelles dans leur ensemble – le réseau – le même observateur sera frappé par la **cohérence de la stratégie** poursuivie et par **l'effort commun** que tous déploient vers le **même but**: la perception uniforme par le consommateur du produit. Chacune des cellules du réseau est indépendante et prospère pour elle-même; les participants sont des entités autonomes. Toutefois la prospérité et l'intérêt bien compris de tous dépendent du respect par l'ensemble des acteurs, y compris par le producteur et les concessionnaires exclusifs, des règles du système de distribution sélective. Au vu de ces considérations, on peut se demander si certaines des obligations assumées par les parties, dans le cadre de leurs relations contractuelles[44], ne devraient pas se voir appliquer, au moins à titre subsidiaire, les règles de la **société simple** (art. 530 ss CO)[45]. On songe notamment à la mise en commun de moyens (humains et financiers) en matière publicitaire, aux obligations de coopération sous forme d'échange d'information ou encore à l'interdiction de faire concurrence.

44 Il est évident que des personnes qui ne sont pas en relation contractuelle ne sauraient constituer une société simple (par exemple, il n'y a pas société simple entre les divers distributeurs agréés). On imagine mal en effet une société simple où les associés ne se connaissent pas et où aucune prise de décision à l'unanimité n'est envisageable (art. 534 al. 1 CO).

45 Sur la distinction parfois délicate entre le contrat de société simple et les contrats synallagmatiques, voir ATF 104 II 108 = JdT 1980 I 77, cons. 2, s'agissant d'un «contrat de management» liant un artiste à son impresario. Les critères de distinction retenus (différence quant à la nature des intérêts principaux poursuivis par les parties et inégalité des droits et obligations des parties) sont pour le moins difficiles à appliquer. Pour le surplus, on relèvera que le Tribunal fédéral a déjà

Enfin, il y a lieu d'attirer l'attention sur un dernier point. A côté des obligations contractuelles – déployant un effet juridique contraignant et le plus souvent revêtues de la forme écrite – la pratique a développé **d'autres moyens d'intervention** du producteur (ou des concessionnaires) face aux détaillants (intervention «verticale») ou même entre détaillants (intervention «horizontale»)[46]. On pense évidemment en premier lieu aux «**recommandations**» faites par le producteur s'agissant des prix à pratiquer ou aux «**ententes**» entre distributeurs agréés quant à la politique des prix; on peut également songer aux «ententes» consistant à ne pas accepter pour un service après-vente un produit qui n'aurait pas été mis sur le marché par un distributeur agréé. Ces «recommandations» ou ces «ententes» ne constituent pas des obligations contractuelles en tant que leur violation n'entraîne pas de sanctions contractuelles. Cela ne signifie pas que ces mesures soient dépourvues d'effet: leur efficacité repose soit sur un consensus quasi général, soit sur les moyens de pression[47] suffisants, bien qu'indirects, dont dispose une des parties contre l'autre[48]. Ces moyens d'intervention n'entrant pas dans le champ des obligations des parties *stricto sensu*, nous les laissons ici de côté.

B. *Les clauses contractuelles typiques*

Compte tenu de la nature particulière du contrat de distribution sélective (contrat *sui generis* mixte comportant des éléments de

appliqué les règles de la société simple (art. 546 al. 1 CO) à la fin d'un contrat de distribution exclusive (ATF 107 II 216 = JdT 1982 I 66).

46 CH. MEIER, p. 152 ss.

47 Le plus patent de ces moyens est bien sûr le refus de vente ou le refus de poursuivre les relations contractuelles, mais on songe aussi à des moyens plus subtils comme la suppression de certains avantages (prix de gros, facilités publicitaires, facilités de paiement, etc.) ou encore au non-octroi d'avantages dont d'autres profitent. CH. MEIER, p. 153 ss.

48 On notera que la «partie forte» au contrat n'est pas toujours le producteur. Il est des distributeurs qui ont un poids considérable et sont en mesure d'imposer leurs conditions.

contrats nommés et de contrats innommés), il paraît opportun de présenter les clauses contractuelles typiques par faisceaux d'obligations caractéristiques.

Dans un contrat de distribution sélective, on distingue principalement les clauses contractuelles relatives aux obligations découlant du contrat de vente (1), celles touchant aux critères de sélection (2) et celles relatives aux autres obligations découlant de la présence d'un réseau de distribution sélective (3).

1. OBLIGATIONS DÉCOULANT DU RAPPORT DE VENTE

Les rapports d'achat/vente sont à la base du contrat de distribution sélective, quelle que soit la structure du réseau[49].

S'agissant d'un contrat-cadre[50], conclu pour une certaine durée et appelé à couvrir de nombreuses livraisons successives, le contrat de distribution sélective ne comporte pas de clauses détaillées concernant telle ou telle vente mais fixe d'une façon générale les conditions applicables à l'ensemble des ventes.

Le fournisseur a bien évidemment l'obligation de livrer la marchandise; il est parfois tenu au respect de certains délais de livraison. Il doit la garantie du chef d'éviction et pour les défauts[51]. D'autres obligations accessoires, sur lesquelles il n'y a pas lieu de s'étendre ici, sont également comprises dans cette rubrique (obligation de transférer la propriété, obligation de livrer au lieu convenu, de livrer la marchandise accompagnée des documents d'importation nécessaires, d'assurer la marchandise, de l'emballer correctement, de fournir - cas échéant - le mode d'emploi, etc.).

49 Sur les structures possibles du réseau, *cf. supra* § 1 note 8.

50 *Cf. supra* § 4 A.

51 CH. MEIER, p. 240.

L'acheteur a, quant à lui, l'obligation principale d'accepter les livraisons et d'en payer le prix. Le contrat définit parfois plus précisément les modalités d'acceptation de la marchandise (devoir de contrôle et de vérification de l'acheteur) et précise les conditions de paiement (termes de paiement, monnaie de paiement).

En Suisse, les dispositions des articles 184 et suivants CO sont applicables, cas échéant les règles de la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises. En définitive, les règles applicables à ce groupe d'obligations sont les règles ordinaires en matière de vente[52], le plus souvent par livraisons successives.

2. SÉLECTION – CRITÈRES DE SÉLECTION – OBLIGATIONS Y RELATIVES

a. La sélection

C'est le coeur du système de distribution sélective. Tout système de sélection implique une forme de discrimination[53]: ceux qui remplissent les conditions seront admis au sein du réseau; les autres en seront exclus. Le Tribunal fédéral a déjà, à plusieurs reprises, admis la validité du système de distribution sélective[54] et par conséquent du principe de la sélection, sans poser par ailleurs des conditions particulières quant aux critères de sélection[55].

52 SCHLUEP/AMSTUTZ, n° 132.

53 La distribution sélective est donc synonyme de refus (occasionnel) de vente: CH. MEIER, p. 152 et 229; L. MEYER, Das selektive Vertriebssystem, p. 4; MARBACH, p. 68; BELZ, p. 7; FERRIER, p. 3.

54 ATF 122 III 469 (arrêt Chanel) et ATF 114 II 91 (arrêt Dior). La doctrine partage cet avis: GUYET, Distribution sélective, p. 256 ss, spéc. 263; TROLLER, p. 23.

55 A l'inverse des décisions de la Cour de Justice des Communautés européennes où les conditions (critères de sélection) doivent être fixées de manière uniforme à l'égard de tous les revendeurs potentiels et appliquées de façon non discriminatoire; les critères de sélection des revendeurs ne doivent pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour

b. Les critères de sélection

Les critères de sélection en tant que tels ne sont pas à proprement parler des obligations à la charge du distributeur agréé; il s'agit plutôt de conditions factuelles préalables et permanentes auxquelles sont subordonnées l'accession et le maintien de la participation au réseau. Ils sont toutefois érigés en obligations contractuelles.

Les critères de sélection peuvent être rangés en deux principales catégories: les critères quantitatifs et les critères qualitatifs[56].

i. Les critères quantitatifs

Les critères de sélection quantitatifs sont avant tout imposés par le producteur à ses concessionnaires régionaux exclusifs: le premier oblige par contrat les seconds à **limiter le nombre de leurs propres revendeurs** (les distributeurs agréés)[57]. Souvent liée à la politique de

préserver la qualité du produit et en assurer le bon usage. DUTOIT, Jurisprudence, p. 113; DUTOIT, Contrats, p. 385-386; CANIVET, L'appréciation judiciaire de la distribution sélective, *JCP CI* Suppl. 1/1991, pp. 9-10; SCHAMING, p. 19; voir aussi l'arrêt du Tribunal de Première Instance des Communautés européennes du 12 décembre 1996, dans l'affaire T-19/92, Yves Saint Laurent (publié *in* JCP CI suppl. 1/1997 p. 12 ss).

56 DUTOIT, Jurisprudence, p. 113; DUTOIT, Contrats, p. 385 et 387; H. P. WALTER, p. 2.

57 DUTOIT, Jurisprudence, p. 113; DUTOIT, Contrats, p. 387; H. P. WALTER, p. 2; CH. MEIER, p. 54 ss; CANIVET, p. 9-10; COLLIN, p. 11; KERLAU/VILMART, p. 13-14 et 18-19; SCHRICKER, p. 539; HUBER, p. 41. De ce point de vue, seuls sont des critères de sélection quantitatifs ceux qui tendent *directement* à limiter le nombre de distributeurs agréés. Par exemple: le concessionnaire agréera autant de distributeurs qu'il faudra - mais pas plus - pour que la part de marché local ne soit pas inférieure à la moyenne nationale; il n'agréera de nouveau distributeur que pour autant qu'il y ait un accroissement de la clientèle potentielle; dans les petites villes, il n'agréera pas plus de deux distributeurs.

prestige du fabricant (un objet rare est plus recherché)[58], cette obligation – sorte de «clause du besoin» – apparaît comme spécifique aux contrats de concession exclusive conclus dans le cadre d'un réseau de distribution sélective, à l'inverse des contrats de concession de vente exclusive «traditionnels» où le concessionnaire est libre sur ce point.

Les contrats de distribution sélective proprement dits, conclus entre le concessionnaire exclusif et le distributeur agréé, ne comportent en principe pas de critères de sélection quantitatifs tels que définis ci-dessus.

En revanche, il n'est pas rare que le fabricant charge le concessionnaire d'imposer par contrat aux distributeurs agréés des critères de sélection **qualitatifs** objectifs qui recèlent en réalité des limitations quantitatives déguisées[59]. La question revêt une

58 CH. MEIER, p. 108-109; *cf.* aussi *supra* note 6. A noter qu'une sélection quantitative permet également aux distributeurs agréées de réaliser plus facilement les chiffres d'affaires minimaux imposés par le concessionnaires puisqu'ils sont moins nombreux à se partager la clientèle: H. P. WALTER, p. 3; KERLAU/VILMART, p. 13-14 et 18-19.

59 Voir les développements de DUTOIT, Contrats, p. 385 ss. Par exemple: obligation faite au distributeur agréé de maintenir en permanence un atelier de réparation complètement équipé pour assurer le service après-vente d'un produit technique (par exemple des chaînes Hi-Fi). Nombre de petits revendeurs n'auront pas les moyens d'entretenir un tel service de réparation et seront donc *ipso facto* éliminés du système de distribution sélective. La difficulté réside bien évidemment dans la distinction entre les exigences justifiées par les objectifs de développement commercial (par exemple: rationalisation et efficacité du service après-vente au profit du consommateur) et les exigences trop restrictives qui ne sont pas justifiées objectivement et constituent un *numerus clausus* déguisé. Sur la douteuse validité, en droit communautaire, de critères qualitatifs appliqués de manière discriminatoire et non objective, conduisant à une sélection quantitative: COLLIN, p. 11-12. En droit français: FERRIER, p. 4.

importance certaine au regard de la validité des critères de sélection retenus[60].

ii. Les critères qualitatifs

Les critères qualitatifs (que le fabricant prescrit à ses concessionnaires d'imposer aux distributeurs agréés) peuvent être classifiés en trois sous-groupes[61]:

Les critères en relation avec la **capacité financière** du distributeur agréé (et du concessionnaire exclusif) sont justifiés d'une part par le souci légitime de contracter avec une personne solvable et d'autre part au motif que de ladite capacité financière dépend notamment l'aptitude du distributeur agréé à assumer pleinement son rôle dans le cadre du système de distribution sélective[62]: il doit être en mesure, par exemple, de financer des locaux de standing correspondant à ceux de la marque commercialisée ou des locaux équipés pour assurer un service après-vente de qualité (on pense au coût important que représente un atelier de réparation pour un distributeur agréé de véhicules) ou encore d'onéreuses campagnes publicitaires. Par ailleurs, il est du plus mauvais effet pour l'image de marque du produit que le concessionnaire ou le distributeur agréé tombe en faillite. Le critère de la capacité financière conduit donc à sélectionner des distributeurs en tenant compte de leur **capitalisation**, de leur **surface financière** ou du point de savoir si et jusqu'à quel montant on peut sans risque leur **faire crédit** (*Kreditwürdigkeit*[63]). Dans le même ordre d'idées, la **structure juridique** (société anonyme,

60 Notamment au regard du droit des ententes et des cartels: voir entre autres DUTOIT, Contrats, p. 385 à 387; COLLIN, p. 13 et les contributions de cet ouvrage consacrées à la problématique cartellaire.

61 CH. MEIER, p. 164 et p. 198.

62 BELZ, p. 7; CH. MEIER, p. 93-94.

63 CH. MEIER, p. 93; MARBACH, p. 68 qui y voit un critère de sélection quantitatif.

de personnes ou raison individuelle) du cocontractant est parfois érigée en critère.

Un autre sous-groupe de critères de sélection qualitatifs est celui relatif à la **capacité d'absorption du distributeur**[64]. Il n'est pas rare que les contrats contiennent une disposition relative aux **quantités de marchandises**, soit que le distributeur est tenu de procéder à un minimum de commandes annuelles pour atteindre un certain volume de chiffre d'affaires, soit que chaque commande passée doit atteindre une certaine quantité minimale[65]. Dans les deux cas, il s'agit pour le producteur de planifier au mieux sa fabrication et de rationaliser les coûts (notamment de transport).

Le troisième sous-groupe est de loin le plus représentatif des critères de sélection spécifiques aux contrats qui nous occupent: il s'agit des **critères relatifs à la politique de marketing** poursuivie par les acteurs du réseau. A cet égard, on distingue les critères de sélection suivants:

– critères relatifs au **lieu de situation** du commerce du distributeur agréé[66]. Le produit doit être vendu à l'endroit qui correspond le mieux à son image: les produits de luxe dans des points de vente situés dans les «rues commerçantes» de la ville; les voitures là où il est facile à l'acheteur de garer son propre véhicule et d'essayer la voiture qu'il souhaite acheter. Le lieu de situation est fixé contractuellement lors de la signature du contrat. Un changement du

64 BELZ, p. 7; CH. MEIER, p. 94 et p. 198; MARBACH, p. 68 qui y voit un critère de sélection quantitatif.

65 CH. MEIER, p. 94-95 et 166 ss; MARBACH, p. 69; VERNIAU, p. 28.

66 CANIVET, p. 9; CH. MEIER, p. 97-98; GUYET, Distribution sélective, p. 254; KERLAU/VILMART, p. 13; VERNIAU, p. 27; L. MEYER, Das selektive Vertriebssystem, p. 10. Ce critère ne doit pas être confondu avec l'octroi d'un territoire de vente, clause spécifique au contrat de concession exclusive.

lieu de situation du point de vente n'est admissible qu'avec l'accord du concessionnaire;

– critères relatifs à la **renommée** ou à la **réputation** du distributeur agréé[67]. Le cercle des clients existants[68] et la bonne réputation (personnelle et commerciale) du distributeur sont des critères parfois pris en considération;

– critères relatifs à la **spécialisation** du revendeur[69]. Le producteur pourra exiger que ses produits soient commercialisés dans une boutique spécialisée dans le type de produits considérés: des parfums dans une parfumerie, des montres dans un commerce spécialisé dans la vente de montres seules ou en combinaison avec des bijoux, par exemple. Parfois, le contrat autorise la vente dans des plus grandes surfaces pour autant que le produit soit commercialisé dans un rayon spécialisé, réservé à la vente de ce type d'article, et pourvu du décorum nécessaire[70];

– critères relatifs aux **compétences professionnelles** du distributeur agréé et de son personnel pour un **service à la clientèle**[71] complet et de qualité. Le personnel doit être qualifié[72] (porteur de

67 CH. MEIER, p. 96.

68 BELZ, p. 7.

69 CANIVET, p. 9; COLLIN, p. 12; KERLAU/VILMART, p. 13; R. WALTER, p. 166; L. MEYER, Schutz, p. 94.

70 COLLIN, p. 12 et p. 14.

71 CANIVET, p. 9; CH. MEIER, p. 101-103 et p. 203-204; GUYET, Distribution sélective, p. 254; TROLLER, p. 24; R. WALTER, p. 165 *in fine*; L. MEYER, Schutz, p. 94; SCHRICKER, p. 535; VERNIAU, p. 28; voir aussi l'arrêt du Tribunal de Première Instance des Communautés européennes du 12 décembre 1996, dans l'affaire T-19/92, Yves Saint Laurent, *ad* attendus 131 ss (publié *in* JCP CI suppl. 1/1997 p. 12 ss).

72 CH. MEIER, p. 209; GUYET, Distribution sélective, p. 254; TROLLER, p. 24; KERLAU/VILMART, p. 13. Les contrats prévoient parfois l'obligation pour le distributeur agréé de suivre lui-même des cours de formation et

diplômes, au bénéfice d'une formation professionnelle ou à tout le moins d'une forte expérience professionnelle dans la vente des produits concédés) et à même de conseiller judicieusement les clients. Le distributeur et ses employés doivent être à même d'orienter d'une manière appropriée le client et de le renseigner sur tous les aspects de la vente, y compris sur les questions techniques éventuelles[73]. Les employés seront suffisamment nombreux pour assurer un service rapide. Le client pourra consulter la documentation accompagnant le produit;

– critères relatifs à la **garantie** et au **service après-vente**[74]. L'admission au sein du réseau de distribution dépend aussi de la capacité du distributeur à assurer un service après-vente efficace et à tenir les promesses de garanties. Dans le droit fil du paragraphe précédent, le distributeur et ses employés doivent posséder les compétences professionnelles nécessaires non seulement lors de la vente mais également lors du service après-vente, cas échéant lors des réparations à effectuer. Le distributeur doit parfois disposer d'un atelier de réparation, même s'il n'est pas rare que le producteur assure lui-même les réparations (comme c'est souvent le cas pour les montres ou les appareils d'électronique de loisir). Au besoin, il doit être en mesure d'organiser le retour des produits que le fabricant veut retirer du marché pour une raison ou une autre;

– critères relatifs à la **taille du commerce**, à la **surface de vente** et à la **présentation des marchandises**[75]. Le distributeur agréé

d'y soumettre ses employés: L. MEYER, Das selektive Vertriebssystem, p. 10.

73 On songe à la vente d'appareils comme des ordinateurs, des caméras ou des chaînes Hi-Fi.

74 CANIVET, p. 9; TROLLER, p. 24; R. WALTER, p. 166; L. MEYER, Schutz, p. 94; SCHRICKER, p. 535-536.

75 CANIVET, p. 9; CH. MEIER, p. 98-99 et p. 203: GUYET, Distribution sélective, p. 254; TROLLER, p. 24; KERLAU/VILMART, p. 13; R. WALTER, p. 166.

s'engage à réserver une place «convenable» aux produits objet du contrat: celle-ci est parfois exprimée en mètres carrés ou en pour-cent de la surface commerciale disponible. La présentation des marchandises doit être faite de façon «avantageuse», dans des vitrines aisément accessibles au public, dans un cadre soigné. Selon les cas, la présentation et la décoration du magasin doivent même être «luxueuses». Le distributeur doit être en mesure de garantir que les marchandises de la marque concédée ne seront pas mélangées ou noyées au sein de produits similaires concurrents; elles seront cas échéant présentées aux côtés - sans mélange - d'autres marchandises de même nature, en particulier de même qualité[76];

– critères relatifs à **l'assortiment**[77]. Souvent, le producteur exige que le distributeur dispose d'un assortiment complet de la gamme de produit et soit en mesure de satisfaire immédiatement toute requête d'un client (ce qui implique d'avoir en stock toujours au moins un exemplaire de chaque produit de la gamme);

– critères relatifs aux **soins apportés à la marchandise**, à **l'entreposage** et au **stockage**[78]. Seront sélectionnés les distributeurs qui disposent d'installations de stockage ou d'entreposage adéquates, permettant d'assurer le maintien de la qualité des produits. La taille des facilités de stockage peut également entrer en considération, notamment en ce qu'elle permet de garantir l'étendue

76 Par exemple, le distributeur doit être en mesure de garantir qu'il n'exposera pas dans la même vitrine de luxueuses montres de haute technologie à côté de coucous en plastic. Voir l'arrêt du Tribunal de Première Instance des Communautés européennes du 12 décembre 1996, dans l'affaire T-19/92, Yves Saint Laurent, *ad* attendus 146 ss (publié *in* JCP CI suppl. 1/1997 p. 12 ss).

77 CH. MEIER, p. 100-101, 146-147 et 205-206; GUYET, Distribution sélective, p. 254; DUTOIT, Contrats, p. 385; TROLLER, p. 24; VERNIAU, p. 27; R. WALTER, p. 166; SCHRICKER, p. 536.

78 CANIVET, p. 9; CH. MEIER, p. 104-105 et 204-205; TROLLER, p. 24; DUTOIT, Contrats, p. 385; KERLAU/VILMART, p. 13; R. WALTER, p. 166; SCHRICKER, p. 536.

de la gamme de produits offerte. La capacité du distributeur à protéger les emballages livrés est aussi un critère: il doit être mesure de garantir que la présentation de la marchandise et les emballages ne seront ni altérés ni modifiés par les conditions de stockage[79];

– critères relatifs au respect d'une **politique des prix**[80] conforme à la politique de marketing du producteur. On notera que, compte tenu des difficultés suscitées par ce genre de clauses du point de vue du droit des cartels[81], celles-ci ne sont plus usitées. Au demeurant, il est de l'intérêt tant du producteur que du détaillant agréé de ne pas casser les prix, pour conserver à la marchandise une image de produit de luxe et garantir des marges suffisantes; de surcroît, les fabricants de produits similaires concurrents suivent bien souvent une politique identique, si bien que le consensus en la matière rend peu utiles de telles clauses[82];

– critères relatifs à la **forme de distribution**[83]. Le producteur impose parfois au concessionnaire exclusif de ne pas choisir ses

79 Il ne s'agit pas seulement pour le producteur de promouvoir la vente d'un produit de qualité dans un emballage de luxe, mais également de suivre le cheminement des produits vendus au moyen de codes d'identification (numéros de série) apposés sur le produit ou son emballage. Par ce biais, le producteur tente d'identifier le ou les revendeurs agréés qui ont failli à leurs obligations et ont procédé à des reventes en mains de distributeurs non agréés (ATF 122 III 469). Cette problématique ressortit à la question de la protection du système de distribution sélective et nous nous permettons de renvoyer à la contribution de M. DUTOIT sur ce point. Voir aussi NELSON LANDRY, Les importations parallèles et la protection d'un réseau de distribution, *RIC* 1992, n∞ 168, p. 26-27; GUYET, Distribution sélective, p. 268 ss; TROLLER, p. 31-32.

80 CH. MEIER, p. 105-105, p. 226; TROLLER, p. 24; L. MEYER, Das selektive Vertriebssystem, p. 9.

81 CH. MEIER, p. 226; COLLIN, p. 13; DUTOIT, Jurisprudence, p. 113; DUTOIT, Contrats, p. 386; BEIER, p. 132; SCHAMING, p. 19.

82 CH. MEIER, p. 106.

83 CH. MEIER, p. 106-108.

distributeurs agréés parmi ceux qui exploitent une certaine forme de distribution, notamment les grandes surfaces de type supermarché ou les magasins «discount» (critère de sélection négatif). Dans la mesure où ce critère conduit à l'exclusion *a priori* d'une certaine forme de distribution, sa validité peut être douteuse au regard du droit des cartels et de la concurrence déloyale[84]. Au demeurant, les critères qualitatifs objectifs exposés ci-dessus sont déjà, en règle générale, de nature à éliminer ce type de forme de distribution;

– critères relatifs à **la publicité et à la promotion des ventes**[85]. Le distributeur agréé doit être à même de promouvoir efficacement la vente des produits. Cette obligation est en substance la même que celle que l'on trouve couramment dans le cadre des contrats de concession de vente exclusive[86]. La promotion des ventes implique la capacité pour le distributeur de présenter les marchandises (dans ses vitrines, lors d'expositions, etc.) et de procéder, cas échéant, à des campagnes publicitaires. Une **clause d'achat minimum** est aussi, dans une certaine mesure, une clause relative à la promotion des ventes[87].

c. *Les obligations des parties*

Bien que les critères de sélection soient avant tout de nature factuelle, ils sont souvent érigés par les parties en obligations

84 COLLIN, p. 13; DERVILLE, p. 58; CANIVET, p. 9; voir aussi l'arrêt du Tribunal de Première Instance des Communautés européennes du 12 décembre 1996, dans l'affaire T-19/92, Yves Saint Laurent, *ad* attendu 166 (publié *in* JCP CI suppl. 1/1997 p. 12 ss).

85 CH. MEIER, p. 115-116 et 206-208; TROLLER, p. 24; VERNIAU, p. 27.

86 Voir par exemple ATF 78 II 74 (f); 78 II 32 = JdT 1952 I 492. Nous renvoyons pour le surplus à la contribution de O. RODONDI parue dans cet ouvrage.

87 ENGEL, Contrats, p. 707; TERCIER, n° 5898. Sur les clauses d'achat minimum dans les contrats de distribution sélective: CH. MEIER, pp. 166 ss.

contractuelles: le distributeur agréé, sélectionné sur la base de certains critères, s'engage à respecter dès la conclusion du contrat et pendant toute la durée de celui-ci les conditions posées à son admission au sein du réseau. En ce sens, l'obligation assumée par le distributeur va au-delà des critères de sélection puisque le distributeur s'engage à «être» conforme aux critères et à le rester jusqu'au terme du contrat. Cette «obligation d'être» doit s'analyser juridiquement comme une **obligation de faire permanente** (ou de ne pas faire, selon les cas)[88].

Le débiteur sera en demeure (art. 102 ss CO) aussitôt qu'il ne remplit plus les critères[89]. Les contrats prévoient d'ailleurs souvent la fixation d'un bref délai au distributeur agréé pour rétablir le *status quo ante* conforme au contrat. On notera toutefois que l'action en exécution paraît difficile compte tenu de la nature des obligations du distributeur.

S'agissant d'obligations de faire présentant un caractère ***intuitu personae*** prononcé, celles-ci se transformeront en obligation de payer des dommages-intérêts en cas d'inexécution (art. 97 CO)[90], l'exécution par un tiers au sens de l'article 98 alinéa 1 CO n'étant en principe pas possible en raison du caractère éminemment personnel[91]. En pratique, la principale sanction de l'inexécution de l'obligation du distributeur de se conformer aux critères de sélection

88 CH. MEIER, p. 202. Sur l'être et le faire: ENGEL, Traité, p. 85. Comme le relève à juste titre cet auteur, il y a un lien étroit entre l'être et le faire: les obligations de faire (du mandataire, du travailleur, etc.) sont liées à la personnalité du débiteur. Il en découle naturellement que l'obligation de faire est avant tout une obligation *intuitu personae* (*ibidem*, p. 611). La distribution sélective en est un excellent exemple puisque la sélection présuppose par essence un choix *intuitu personae.*

89 ENGEL, Traité, p. 689.

90 ENGEL, Traité, p. 85 et 611.

91 VON TUHR/ESCHER, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, vol. II, 3e éd., Zurich 1974, p. 92.

est la suivante: le producteur ou le concessionnaire exclusif cesse de lui livrer et lui retire l'agrément de vente qu'il lui avait conféré[92].

En cas d'impossibilité subséquente non fautive d'exécuter (par exemple: catastrophe naturelle dévastant le point de vente), les règles de l'article 119 CO trouvent application.

En contrepartie de l'obligation faite au distributeur de respecter les critères de sélection, le concessionnaire exclusif (ou le producteur) s'engage à ne vendre les marchandises concédées qu'à des distributeurs sélectionnés[93].

Les deux prestations sont dans un **rapport d'échange** évident: d'une part le distributeur agréé s'oblige à se conformer en tout temps et en toutes circonstances aux critères de sélection (qui sont présumés assurer la promotion des ventes[94]) et, d'autre part, le concessionnaire s'engage à respecter une exclusivité «par catégorie» en ne vendant pas les marchandises à des tiers distributeurs ne remplissant pas les critères. L'exclusivité est dite «par catégorie» ou «de groupe» car le distributeur agréé n'est pas au bénéfice d'une exclusivité personnelle[95]; en revanche, tous les distributeurs agréés sont au bénéfice de l'assurance contractuelle que les ventes interviendront «exclusivement» par l'intermédiaire de distributeurs sélectionnés conformément aux critères. Le distributeur agréé se voit donc promettre que ses efforts de promotion des ventes ne seront pas mis

92 Pour plus de détails sur la responsabilité contractuelle du distributeur agréé, nous renvoyons à la contribution ROMY/GAUTIER du présent ouvrage. Sur la fin des contrat de distribution, nous renvoyons à la contribution de I. CHERPILLOD.

93 MARBACH, p. 69.

94 GUYET, Distribution sélective, p. 254.

95 Concrètement: le distributeur agréé ne se voit pas promettre qu'il sera le seul agréé pour un territoire donné. A noter que la combinaison entre les critères de sélection et une clause de protection territoriale n'est pas *a priori* exclue. Elle sera certainement atypique: voir ci-dessus § 2.

à néant par le concessionnaire (ou le producteur) autorisant la commercialisation des produits auprès de points de vente ne respectant pas les critères de sélection. Le comportement du producteur ou du concessionnaire qui procède néanmoins à des ventes à un tiers ou plusieurs tiers non sélectionnés peut constituer une faute ouvrant la voie au paiement de dommages-intérêts (art. 97 ss CO)[96] et à la résiliation du contrat[97].

Ce faisceau d'obligations réciproques présente, à notre avis, une certaine similitude avec les obligations assumées par les parties dans le cadre d'un contrat de représentation exclusive où l'on retrouve également, dans un rapport d'échange, l'exclusivité octroyée et la promotion des ventes[98].

Il découle de ce qui précède que le distributeur agréé ne saurait poursuivre l'exécution de l'engagement pris par le concessionnaire de ne pas vendre à des tiers non agréés s'il ne respecte pas lui-même les critères de sélection érigés en obligations (art. 82 CO)[99]. Il en va de même du concessionnaire qui vend à des tiers non agréés mais qui agit

---

96 SJ 1965 p. 425 ss, spéc. p. 429, par analogie.

97 *Contra* SJ 1965, p. 425 ss, spéc. p. 429 qui soumet la résiliation du contrat à la demeure du vendeur: «*Sur cette base* [art. 97 ss CO] *l'appelante ne peut prétendre qu'à des dommages-intérêts, la résiliation du contrat (art. 107 ss CO) ne pouvant intervenir qu'en cas de demeure du débiteur de l'obligation*». A notre avis, cette solution est erronée en ce sens que le débiteur d'une obligation de ne pas faire (le respect d'une clause d'exclusivité équivaut à l'obligation de ne pas vendre à un tiers) est en permanence en demeure; l'interpellation du débiteur (art. 102 CO) et la fixation d'un délai pour exécuter une obligation de ne pas faire (art. 107 CO) paraissent totalement inutiles. Voir toutefois BAUDENBACHER, p. 8. En tous les cas, le concessionnaire se réserve souvent le droit de résilier en cas de contravention au contrat.

98 ENGEL, Contrats, p. 706; TERCIER, n° 5892 ss; GUYET, Distribution sélective, p. 253-254; SCHLUEP/AMSTUTZ, n° 129-130; R. WALTER, p. 160.

99 Dans ce sens, pour le contrat de distribution exclusive, BAUDENBACHER, p. 8.

contre le distributeur agréé pour que ce dernier se conforme aux critères.

Un commerçant remplissant tous les critères de sélection peut-il **exiger de participer au réseau?** Du point de vue juridique, la question est la suivante: le concessionnaire exclusif (ou le producteur) peut-il refuser de vendre ses produits à un commerçant revêtant pourtant toutes les qualités requises? La liberté de contracter (et donc celle de refuser de contracter) est un des principes cardinaux du droit des contrats[100]. Le refus de vendre est licite en soi. Toutefois, une exception à ce principe peut résulter de la loi ou des bonnes moeurs[101]. Les bonnes moeurs ne trouveront que très rarement à s'appliquer pour contraindre le concessionnaire à conclure[102]. Quant à la loi, il n'est pas exclu qu'un commerçant puisse obtenir le droit d'être intégré dans le réseau de distribution aux conditions très particulières posées par la loi sur les cartels (art. 7 al. 2 *lit.* a et 13 *lit.*

---

100 ENGEL, Traité, p. 98; GUYET, Distribution sélective, p. 252 ss.

101 ENGEL, *ibidem*.

102 Sur les conditions, très restrictives, de l'obligation de contracter découlant des bonnes moeurs: ATF 80 II 26, spéc. p. 37 = JdT 1955 I 136, spéc. p. 142; ENGEL, Traité, p. 100-101. On notera toutefois que le refus de contracter pour des motifs blessants, injurieux, attentatoires à l'honneur ou à la personnalité en général peut être illicite (ENGEL, Traité, p. 102, qui donne l'exemple de celui qui refuse de contracter pour des motifs raciaux). Par ailleurs, le souci de l'effet «horizontal» du principe de l'égalité de traitement n'est pas absent des préoccupations de la doctrine ou de la jurisprudence (voir par exemple la problématique du traitement égalitaire des travailleurs d'une entreprise dont certains reçoivent un bonus - versé à bien plaire - alors que d'autres se le voient refuser: BRUNNER/BÜHLER/WAEBER, Commentaire du droit du travail, 2e éd., Lausanne 1996, *ad* art. 322d CO, p. 55, qui citent JAR 1994/145).

b LCart). Nous laissons toutefois ici de côté la problématique cartellaire[103].

3. OBLIGATIONS DÉCOULANT DE LA PRÉSENCE D'UN RÉSEAU DE DISTRIBUTION SÉLECTIVE

Nous ne saurions, dans le cadre de cette contribution, procéder à un examen exhaustif de toutes les clauses contractuelles envisageables dans le cadre d'un réseau de distribution sélective. La tâche en est d'autant plus difficile que le réseau présente fréquemment plusieurs «étages», les acteurs des différents «étages» n'étant pas tous en relations contractuelles les uns avec les autres[104]. Pourtant, la chaîne des obligations nouées doit nécessairement présenter une certaine homogénéité, fondement même de la philosophie de la distribution sélective.

Les clauses contractuelles contenues dans le cadre des accords conclus entre le concessionnaire régional exclusif et les distributeurs agréés sont typiques des contrats de distribution sélective; elles nous servirons donc de modèle. Les contrats conclus entre le producteur et ses concessionnaires exclusifs étant dans leur immense majorité des contrats de représentation exclusive classiques[105], on se contentera

103 Nous renvoyons notamment aux autres contributions parues dans cet ouvrage et traitant de ce problème. Voir aussi l'analyse faite par GUYET, Distribution sélective, p. 258 ss; COLLIN, p. 10 et 13.

104 Le schéma rencontré le plus généralement est celui d'un producteur (étage I) qui confie à un représentant exclusif (étage II) la promotion de ses produits sur un territoire déterminé, à charge pour celui-ci de contracter avec les distributeurs sélectionnés (étage III): voir ci-dessus § 1. Les distributeurs agréés (détaillants) ne sont pas en relation directe - contractuelle - avec le producteur. De même les divers représentants exclusifs (chacun pour son territoire) et *a fortiori* les divers distributeurs agréés ne sont pas en relation entre eux.

105 Le lecteur ne perdra pas de vue que les contrats de représentation exclusive conclus entre le producteur et le concessionnaire exclusif dans le cadre d'un réseau de distribution sélective comportent certaines

ici de renvoyer aux contributions de cet ouvrage relatives à ce type de contrats.

a. Obligations relatives au mode de commercialisation

Il s'agit du faisceau d'obligations contractuelles par lesquelles le concessionnaire s'engage à **ne commercialiser le produit que par l'intermédiaire du réseau de distribution sélective mis en place**[106]. Nous avons déjà évoqué plus haut l'obligation d'exclusivité du concessionnaire à l'égard des distributeurs agréés, corollaire du principe même de la sélection. On peut rajouter dans cette catégorie l'obligation que prend le concessionnaire **de ne pas vendre lui-même directement au consommateur final** ou de ne le faire que dans certaines circonstances particulières[107]. Dans la mesure où le réseau implique un **découpage territorial** (ce qui concerne avant tout les rapports entre le producteur et ses divers concessionnaires exclusifs), les contrats prévoient de surcroît l'obligation de respecter l'exclusivité territoriale[108].

caractéristiques propres comme l'obligation faite aux concessionnaires d'imposer aux distributeurs les critères de sélection.

106 En d'autres termes, le concessionnaire exclusif (et le producteur) déclarent se soumettre au principe de la distribution sélective par réseau. CH. MEIER, p. 170 et 192 ss; L. MEYER, Das selektive Vertriebssystem, p. 6 ss; MARBACH, p. 69; FROGER, Les sanctions de la rétrocession illicite, JCP CI, Suppl. 1/1991, p. 21 ss.

107 CH. MEIER, p. 142 et 171-172; COLLIN, p. 12; MARBACH, p. 69. Par exemple: lors d'expositions, de foires ou à des fins purement promotionnelles.

108 CH. MEIER, p. 173 ss.

b. Obligations relatives aux sources d'approvisionnement et aux destinataires des ventes[109]

Il ne s'agit pas là d'obligations découlant des rapports de vente conclus entre les parties, mais bien d'obligations distinctes de faire et de ne pas faire résultant de l'existence d'un réseau de distribution sélective.

i. Sources d'approvisionnement[110]

Les parties définissent contractuellement **auprès de qui** et **où** les marchandises faisant l'objet du contrat peuvent être achetées. Il n'est ainsi pas rare que le distributeur agréé se voie interdire de procéder à des achats directement auprès du producteur, mais doive passer par l'intermédiaire d'un concessionnaire exclusif. En revanche, il est souvent loisible au distributeur agréé d'acheter les produits auprès d'un autre distributeur agréé[111]. Toute acquisition en dehors du réseau (auprès d'un revendeur non agréé par exemple) est en revanche interdite. De même, des limitations quant à la provenance géographique de la marchandise sont possibles (interdiction de s'approvisionner auprès du concessionnaire exclusif d'une autre région du monde).

S'agissant des marchandises d'un tiers (d'une marque concurrente par exemple), il arrive que les parties excluent totalement ou partiellement la possibilité pour le distributeur agréé de les

109 Ne sont pas abordées dans cette section les questions relatives à la validité (au regard du droit de la concurrence déloyale et du droit des cartels) des clauses restreignant, à des degrés divers, les sources d'approvisionnement et les destinataires des ventes. Pour un aperçu de cette problématique en droit communautaire: STÖVER, Distribution Agreements and EEC Competition Rules. A Continuity Problem, *RIC* 1/1982 n° 145, p. 17 ss.

110 CH. MEIER, p. 184 ss; VERNIAU, p. 27; MARBACH, p. 69; L. MEYER, Das selektive Vertriebssystem, p. 8.

111 COLLIN, p. 12.

vendre[112]. L'exclusion totale des biens des autres fabricants conduit à un point de vente spécialisé dans les seuls produits du concédant. Ce cas est toutefois rare et le revendeur est en général un revendeur multimarques[113]. Plus fréquente est la situation où le distributeur agréé s'oblige à ne pas vendre de produits concurrents à ceux concédés[114].

ii. Destinataires des ventes[115]

Le cercle des destinataires auxquels le produit peut être distribué ou vendu est soigneusement défini contractuellement. Il s'agit en effet là d'une clause essentielle à la **protection** du système de distribution sélective.

Pour le concessionnaire exclusif, le cercle des acheteurs est constitué uniquement des distributeurs appointés comme distributeurs agréés. Il s'agit là, ainsi qu'on l'a dit, du pendant de l'obligation faite aux distributeurs de respecter les critères de sélection.

Quant aux distributeurs agréés, ils ne sont autorisés à vendre qu'au consommateur final ou, exceptionnellement, à un autre distributeur, à la condition expresse que ce dernier soit également agréé, à charge pour le vendeur de s'en assurer, cas échéant auprès du concessionnaire exclusif ou du producteur[116].

112 CH. MEIER, p. 187 ss; MARBACH, p. 69.

113 DUTOIT, Contrats, p. 386; CH. MEIER, p. 190.

114 Tel peut être le cas dans certaines grandes surfaces de luxe, où le magasin s'engage à ne distribuer qu'une seule marque de bijoux.

115 CH. MEIER, p. 192; COLLIN, p. 12; VERNIAU, p. 27; MARBACH, p. 69.

116 COLLIN, p. 14; FROGER, p. 21 ss. L'interdiction parfois faite au distributeur agréé de ne pas vendre à un autre distributeur agréé répond à un but de contrôle et tend à éviter que, si le produit est mis en vente hors du réseau, le distributeur agréé qui le détenait en premier lieu ne

Ces deux clauses constituent la clé de voûte du système de protection du réseau de distribution sélective. L'apparition sur le «marché gris»[117] de produits concédés implique donc nécessairement la violation par un concessionnaire exclusif ou par un distributeur agréé de ses obligations contractuelles[118]. Cette violation ouvre la voie aux actions en responsabilité[119] contre l'auteur - s'il est identifié - et en cessation de trouble (interdiction de vente) contre le tiers non agréé lorsque la législation nationale le permet[120].

c. Obligations relatives au service après-vente et à la garantie

Un des meilleurs arguments promotionnels d'un réseau de revendeurs agréés est, pour l'acheteur de produits à caractère technique, **la possibilité d'obtenir un service après-vente dans n'importe lequel des points de ventes agréés**[121]. Le distributeur agréé s'engage contractuellement à accepter, pour réparation, tous les appareils du fabricant qu'il distribue, alors même qu'il ne les aurait pas personnellement vendus. La clause est particulièrement importante pour tous les produits techniques, durables et par nature

puisse s'exculper (trop) facilement en prétendant qu'il l'a revendu à un de ses pairs.

117 NELSON LANDRY, p. 21. Voir aussi la contribution ROMY/GAUTIER, spécialement *ad* note 4.

118 ATF 122 III 469 (Chanel), cons. 7; ATF 114 II 91 (Dior), cons. 4. Voir aussi CH. MEIER, p. 242.

119 Voir la contribution ROMY/GAUTIER parue dans le présent ouvrage.

120 C'est tout le problème de la protection judiciaire du système de distribution sélective et de la lutte contre les importations parallèles ou de la commercialisation des produits sur le «marché gris» par des distributeurs non agréés. DUTOIT, Contrats, p. 377 ss, spéc. p. 387 ss; DUTOIT, Jurisprudence, p. 113 ss; COLLIN, p. 7 ss, spéc. p. 9; NELSON LANDRY, p. 20 ss (pour un aperçu de droit comparé); GUYET, Distribution sélective, p. 25 ss; TROLLER, p. 23 ss; ALTENPOHL, p. 189 ss; BEIER, p. 131 ss (en droit allemand); DERVILLE, p. 57 ss (droit comparé); SCHRICKER, p. 528 ss (droit allemand).

121 DUTOIT, Contrats, p. 386; R. WALTER, p. 167.

mobiles ou facilement transportables[122]. Sur le plan juridique, la clause est proche, à notre avis, de la stipulation pour autrui parfaite (art. 112 al. 2 et 3 CO), en ce sens que le tiers (tout acheteur) est effectivement en droit d'exiger du distributeur qu'il procède aux réparations. Il faut admettre que le consommateur final dispose personnellement du droit d'exiger l'exécution des obligations de garantie assumées par le distributeur (art. 112 al. 2 CO). On verra un indice sérieux que telle est bien la volonté des parties (le concessionnaire et le distributeur agréé) dans la clause (fréquente) du contrat de distribution sélective aux termes de laquelle le distributeur agréé s'engage à remettre au consommateur les documents relatifs à l'exercice de la garantie.

4. AUTRES OBLIGATIONS

Enfin, il y a lieu d'attirer l'attention sur quelques clauses qui, sans être spécifiques aux contrats de distribution sélective, sont néanmoins fréquentes et illustrent la philosophie de ce mode de distribution.

On songe en premier lieu aux obligations relatives à la **coopération** et à **l'échange d'informations**[123] nécessaires à l'optimisation du réseau (par exemple: informations du distributeur relatives aux desiderata et aux plaintes des clients ou à la marche des affaires; informations du concessionnaire sur les délais de livraison ou les nouveautés; cours de formation obligatoires). La **coopération** et la coordination **en matière publicitaire**[124] font souvent l'objet de

122 STÖVER, p. 19, qui donne l'exemple des automobiles, produits techniques qui nécessitent des contrôles et des réparations effectuées par du personnel compétent, à la fois à intervalles réguliers et irréguliers et dont le besoin peut se faire ressentir n'importe où (au domicile de l'acheteur comme lors de ses vacances à l'étranger).

123 CH. MEIER, p. 211 ss; C. A. MEYER (pour le contrat de représentation exclusive).

124 CH. MEIER, p. 115-116 et 206 ss.

clauses spécifiques (règlement des participations financières, répartition «géographique» – nationale, régionale, locale – des efforts publicitaires, répartition des efforts quant aux supports publicitaires, sponsoring, fourniture de matériel publicitaire, etc.).

L'interdiction de faire concurrence[125] ou l'interdiction de nuire de quelque manière que ce soit aux participants du réseau est souvent prévue (par exemple: obligation de s'abstenir de promouvoir sa propre boutique en dénigrant celles des autres distributeurs agréés).

Les obligations en relation avec la **propriété intellectuelle** sont également présentes: le titulaire de la marque dont sont revêtus les produits en réglemente l'usage par ses concessionnaires et indirectement par les distributeurs agréés[126]. Il s'engage évidemment à assurer la défense de la marque.

On notera aussi l'obligation généralement assumée par les distributeurs agréés de laisser le producteur ou le concessionnaire exclusif **contrôler** l'application effective des critères de sélection et des autres obligations contractuelles par l'envoi d'inspecteurs.

Enfin, il n'est pas rare que les contrats règlent la problématique de la **succession** juridique en cas de disparition ou de changement du distributeur agréé (décès, faillite, cession de l'entreprise, fusion/acquisition, scission)[127]. Dans tous ces cas, le concessionnaire (ou le producteur) se réserve le droit de mettre fin au contrat[128].

---

125 CH. MEIER, p. 213 ss.

126 CH. MEIER, p. 225 ss.

127 VERNIAU, p. 27. De surcroît, le concessionnaire impose en général au distributeur une clause lui faisant interdiction de céder les droits issus du contrat: L. MEYER, Das selektive Vertriebssystem, p. 8-9.

128 Sur la fin des contrats, nous renvoyons pour plus de détails à la contribution de I. CHERPILLOD.